# DISSERTATIO INAVGVRALIS JVRIDICA,

SISTENS

QVÆSTIONEM SYSTEMATICAM:

# QVOMODO JVDICANDVM SEV SENTENTIONANDVM SIT?

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMAN.

*QVAM*

EX DECRETO ET AVCTORITATE

INCLYTÆ FACVLTATIS JVRIDICÆ

IN PER-ANTIQVA ELECTORALI VNIVERSITATE ERFORDIENSI,

SVB DIVINIS AVSPICIIS

*PRO LICENTIA*

SVMMOS IN VTROQVE JVRE HONORES AC PRIVILEGIA DOCTORALIA

RITE AC LEGITIME CAPESSENDI,

*PLACIDO AC SOLEMNI ERVDITORVM EXAMINI SVBMITTET*

AVCTOR

CASPARVS JOSEPHVS MERTENS,

*Blanchenauenſis.*

IN AVDITORIO JVRISCONSVLTORVM MAJORI

*DIE XXIX. MAJI, M DCC XXXVII.*

*ERFORDIÆ*, Typis HERINGII, Acad. Typogr.

Digitized by Google

*Q. D. B. V.*

# DISSERTATIO INAVGVRALIS JVRIDICA

SISTENS

## QVÆSTIONEM SYSTEMATICAM: QVOMODO JVDICANDVM SEV SENTENTIONANDVM SIT?

§. I.

QVemadmodum ex omni jure, quod humano ingenio compoſitum eſt, nullum pluribus æquitati naturali congruis interpretationibus vel comparari poteſt cum jure Romano, quod Imp. JVSTINIANI auſpiciis prodiit, ità quoque vera juſtitiæ in forenſibus negotiis exercendæ ratio ex nullo alio jure felicius hauriri poteſt, quàm ex hoc; Cujus quippe autoritatem, qui avorum noſtrorum temporibus Imperium tenuêre, & in Germania valere voluerunt; ſalvis tamen juribus Germanicarum nationum propriis, tam conſtitutis, quàm conſtituendis. CONRING. *de Orig. Jur. Germ. cap. 33.* Hujus juris prolixitas licet nonnullis moleſta viſa fuerit, hæc tamen non tam incertitudinis, quàm certitudinis eſt argumentum; Hanc ſané plurium ſingularium controverſiarum deciſionibus affectâ-

runt ejus compoſitores; quorum Vota ſi in nonnullis eventus deſtituit, idem à poſteris (ùt ait ARIST. *in fine organi*) optâſſe præſumendi ſunt. Quapropter ſi vaſtum hoc *Judiciariæ prudentiæ* corpus nonniſi prolixâ induſtriâ finibus ingenii concludi poteſt, cogitetur, *ardua munia*, quale inprimis eſt judicandi munus, *magnæ virtutis*, per quam ritè fiant, *egere*.

§. II.

Hoc ipſum judicandi munus quàm grave jam olim detrectandumque fuerit, probat CIC. *in Prætura Urban. Hoc ſi vobis* (inquit ad judices) *levius videtur, quod putatis onus eſſe grave & incommodatum, judicare; intelligere debetis, primùm intereſſe, utrùm id onus vosmetipſi rejeceritis, an quod probare populo Romano fidem veſtram & Religionem non potueritis, ideo vobis judicandi poteſtas erepta ſit:* hodie ſane muneris hujus onus ſi non gravius, certè nec levius vel ex eo dicendum erit, quòd nunc ob majorem Legum ac præfati juris Romani interpretationum multitudinem, plures ac majores quàm olim opinionum fluctuationes exiſtant, ex quibus ſeſe difficulter tam cauſarum Patroni, quàm judicandi munere fungentes extricare poſſint. Equidem nemo vel mediocriter in jure verſatus non videt, quantum ſit apud juris interpretes noſtro hoc ſæculo opinionum pelagus, quod indies magis magisque in nobiliſſimam, eamque ad conſervandam Rerumpubl. ſalutem maximè neceſſariam juris artem ità exundat, ut, licet Imp. JVSTINIANVS ſcriptum reliquerit: *Juris Civil. ſcientiam certam* (prout eſt) *atque finitam eſſe*, vix quicquam hodie in ea profeſſione certius appareat, quàm in hac nihil eſſe certi: Et quanquam in tanto variarum opinionum oceano, perpetuo veluti conflictu non pauci hâc noſtrâ ætate magni nominis JCti, receptiores non abſque inſigni applauſu ſententias collegerint, atque in unum quaſi corpus congeſſerint, quorum tomi varii in lucem prodiêre, attamen ſi quis eas legendo percurrat, haud raró, quod hic pro communi aſſeverat, alius contrariam, velut magis communem aſſerere non dubitat. Sed cur tam variè? ſanè notum eſt illud VLPIANI dictum: *naturalem quandam ineſſe hominibus ad diſſentiendum*

*faci-*

*facilitatem:* & eam quidem JCtis peculiarem eſſe, vel ex QVINTILIANO diſci poteſt, cum *Lib. orat. Inſt.* 2. *Cap.* 3. ipſis diverſas inter ſe opiniones tueri conceſſum eſſe, ſcribat. Illud quoque in comperto eſt, de quo MYNSING. *in ſua Epiſt.* ad HENRIC. *Archi-Epiſcopum Bremenſ.* jam conqueſtus eſt, non paucos & hodie L. L. Profeſſores in Academiis aucupandæ famæ magis, quàm veritatis indagandæ gratiâ non modò præteritorum temporum conſtanti perſuaſione receptas ſententias infringere atque impugnare, ſed Pandectarum etiam & conſtitutionum ſcripta invertere, dis-contorquere, corrumpere, verborum aucupia, ſyllabarum tendiculas, literarum decipulas comminiſci, nihil denique non inceptare: Atque hinc iſta apud communium opinionum collectores dicta, velut ex diametro inter ſe pugnantia, exorta ſunt: *(Hæc eſt communis opinio, contraria eſt magis communis)* quæ pluribus hodie in ore ſunt, ut vetus illa & à multis jam ſæculis de perplexitate & difficultate ejus juris, quo utimur, uſurpata conqueſtio, hâc noſtrâ præſertim ætate ingeminari poſſit; quæ ùt ùt vera ſit, minimè tamen juſtam eſſe arbitramur, quidquid enim ejus eſt, non tam juris vitio, quàm hominum culpâ accidit; nam jus ipſum ſemper idem eſt, apud omnes ſibi ubique ſimile, tum etiam, cum maximè videtur eſſe aliud, quam rem mirabiliter conciliant perſonæ, loca, tempora, & ſi quæ ejusmodi incidunt circumſtantiæ aliæ; quas cùm æſtimare non ſit, niſi viri prudentiſſimi, & artis Reipub. gubernandæ peritiſſimi, mirum non eſt, in jure dicundo à pleriſque impingi incautiùs: hic namque labor, hoc opus eſt. quomodo igitur judicandum, & quid præ cæteris in hoc munere attendendum ſit? videamus:

§. III.

In dijudicando ac decernendo cauſas & controverſias forenſes, cauſæ ſtatum cumprimis attendendum eſſe, nemo in dubium vocat: per cauſæ ſtatum intelligitur id, in quo cauſa ſeu controverſia exiſtit, & totius negotii cardo vertitur; eſtque vel *juris* vel *facti*, prout quæſtio in judicium deducitur. Exemplum, ubi in *jure* Status cauſæ conſiſtit, evidens

dens proponit *L. ad probat. 21. C. de probat.* *Facti* Exemplum habet *L. 30. ff. de teſtam. tut.* Quodſi *in jure* Status cauſæ conſiſtat, ſecundum Leges & receptas conſuetudines judex judicare tenetur, jubente ità Imperat. in *pr. Inſt. de officio Jud.* ubi, *illud*, inquit, *inprimis obſervare debet judex, ne aliter judicet, quàm legibus, aut conſtitutionibus, aut moribus proditum eſt.* cui concordat *Novel. 82. §. penult.* ubi idem Imperator, *omnis*, inquit, *judex ſive Magiſtratum gerat, ſive aliter judicet, Leges obſervato, & ſecundum has proferto ſententias.* quod idem etiam in O. C. J. *part. 1. tit. 13.* Judici & Aſſeſſoribus Cameræ præſcriptum legitur, ne ex proprio nudoque arbitrio, & privatâ ſuâ conſcientiâ, ſed ex Legibus, conſtitutionibus publicis, & probatis conſuetudinibus jus dicant. Omnium ergo, quotquot huic muneri præſunt, officium requirit, ut jus à Summo Imperante in ſalutem Reipubl. conſtitutum, tanquam filum Ariadnæum ſemper ſequantur, non ab eo recedant, nec ſuo arbitratu cerebrino à Legum Sententia alieno, aliquid decernant, prout AUGUSTINUS à GRATIANO *in Can. 3. diſt. 4.* excitatus graviter pronunciat: *Judicare judices ſecundum Leges, non de Legibus oportere.* Hinc quanti traditiones & opiniones interpretum ſint habendæ, non difficile erit judicare; & ſanè ſingulorum JCtorum Reſponſa vim juris non hodie, ùt olim juxta *§. Reſponſa Inſt. de J. N. G. & C.* habere, nec in judicando attendenda eſſe, facilè concedunt omnes: Poſteaquam enim JUSTIN. jura in ordinem redegit, & ex ſolis, quas ipſe præſcripſit, ſanctionibus, jus dici voluit, aliter ſe res habere cœpit, & quam antea autoritatem JCtorum ſententiæ obtinuerunt, hâc JUSTINIANI ſanctione ipſis adempta fuit, ùt videre eſt in conſtitutione Digeſtis præmiſſâ.

§. IV.

At ſi communis ſit omnium vel plurium opinio, annon ea ſaltem neceſſariam Autoritatem & Vim Legis habeat, dubitari ſolet? De hoc antequam fuſius agamus, cognoſcenda venit quæſtio, quid ſit communis opinio? Variè namque hæc à variis definita reperitur apud ANTON. MAR. CORAT. *in tract. de com. opin. Lib. 1. t. I. n. II.* receptior & perfe-

ctior

ctior nobis videtur definitio, quam refert MARQVARD. FREHER. *in tract. de fama cap. ult. n. II.* ubi poſt LANCELLOTVM & Salamonium, communem opinionem definit; *quod ſit de jure non aperto ab omnibus vel pleriſque approbata ſententia*, & bene dicit: *de jure non aperto.* Siquidem de his, quæ Legibus certò ſunt definita, nec quid dubii habent, dici non poteſt, circa hæc enim Doctorum Autoritas & adſtipulatio plane eſt ſupervacua, & perperam ad ea aſſerenda communis citatur opinio: dicit: *ab omnibus vel pleriſque:* & hoc non ineptè; minimè enim neceſſe eſt, ut ſit communis omnium docentium & ſcribentium vox & approbatio, ſed ſufficit, pleriſque ità placere, utcunque aliis diſpliceat; quinam verò & quot ad conſtituendam communem opinionem requirantur, non ſatis convenit inter interpretes: numerum ſeptenarium ad hanc conſtituendam ſufficere, ſi pro allegata ſententià, 7. DD. citetur Autoritas, modo inter illos ſit BARTOLVS vel alius eximiæ Autoritatis, docet ANT. MAR. CORAT. *in d. tract. de commun. opin. Lib. 1. t. 3. n. 18.* quam ſententiam quoque ſequitur MARQVARD. FREHER. *in tract. de fama. Cap. ult. n. 14.* eò, quòd in rebus quibusque maximi momenti & præjudicii 7. teſtium numerus pro idoneo habitus fuerit. Quid verò, ſi apud unum & eundem diverſæ reperiantur opiniones, quarum alteram in Conſiliis, alteram in Lecturis tenuit, utra præferri & in conſtituendà communi opinione attendi debebit? Sunt, qui putant, conſilia Lecturis præferenda eſſe, quos refert NEVIZAN. *Lib. 5. n. 26. in Silva nupt.* Sunt contra alii, qui exiſtimant, majorem Lecturis & tractatibus fidem habendam eſſe, uti ſentiunt ZAS. *Lib. I. Singul. reſp. cap. 7. n. II.* SCHVRFF. *2. Conſ. 2. n. 18.* cum pluribus aliis, & hanc ſententiam veluti veriorem ab Aſſeſſoribus Cameræ Imp. non ſemel approbatam fuiſſe, refert MYNSING. *6. obſerv. 60. n. 3.* Hiſce itaque pro majori intellectu præmiſſis, audiamus rationes aliquot & argumenta eorum, qui ſtatuunt, quod Judex in judicando communem ſcribentium opinionem non minus, ac Leges ipſas attendere, & ſecundum eam jus dicere teneatur.

§. V.

§. V.

Argumentantur (primò) à Stylo & uſu fori, quo ità receptum eſſe, inquiunt, ut in ferendis ſententiis communis DD. opinio attendatur, & ſecundum eam ſententia concipiatur. quod practicorum theorema in Receſs. Imp. *de an. 1570.* §. **derhalben** *76.* item in Receſs. deput. *de an. 1600.* §. **dieweil aber** 17. comprobatum eſſe. (2dò) à primæva com. opinionum origine. non novum eſſe, ajunt, inventum, ut in judicando DD. Autoritates colligantur, cum idem jam olim veteres JCti, ex quorum ſcriptis digeſta compilata ſunt, in more habuerint. Quam ad rem adducunt textum *in L. 20. ff. de jure dot.* ubi PAULUS in comprobationem ſententiæ ſuæ Autoritates JULIANI, ARISTONIS, NERATII, & POMPONII citat, indeque concluſionem facit. (3tiò) à neceſſario. Neceſſitatem rerum hoc planè exigere, ut, cùm de jure noſtro non omnes caſus comprehendente ſæpius in tantâ opinionum contrarietate ambigi contingat, communis opinio in judicando attendatur, maximè ſi aliter veritas haberi non poſſit. (4tò) ab imperfectione Legum; de qua cum ipſimet veteres JCti ut JULIANUS in *Leg. 10. §. cum 2. & ſeq. ff. de LL.* & ULPIAN. *in l. 13. eod.* atteſtentur, & juſtâ ratione, quæ Legi deſunt, ſupplere jubeant, juſtiorem ſupplendi rationem dari non poſſe putant, quam ſi id, quod communiter omnibus vel pleriſque æquum viſum fuerit, pro jure & Lege recipiatur. (5tò) à veriſimili. Dum inquiunt, veriſimile eſſe, veritatem à pluribus longè certius inveniri, quam à paucioribus; *facilius quippe invenitur, quod à pluribus quæritur.* ait, Papa INNOCENT. *in C. ult. diſt. 20.* & juxta Ariſtot. acrius eſt multorum quàm unius vel alterius cujuſpiam de quaque re judicium. nec de nihilo eſſe creditur, quod ore vulgi jactatur, & meritò multitudinis idem ſentientis credulitas ſpectatur, ita, ut hic locum habeat illud Planudis. *Judicium populi nunquam contempſerit unus.* Id quod & ipſe D. HIERONYMUS monet, uti refertur *in Cap. 5. X. de Conſtit.* ubi: *ne innitaris, inquit, prudentia tua &c.* Unde (6tò) inferunt, ſequendum eſſe id, quod à plurimis comprobatur, non

quod

Digitized by Google

quod uni fortè verius videatur. (7mò) pro ſententiæ ſuæ fundamento afferunt, quod com. opiniones non temerè oriantur, ſed certis nitantur rationibus, ubi autem eſt ratio, ibi non eſt quærenda lex per text. *in C. conſuetudo §. parro diſt. I.* hæc & ejusmodi plura ſunt, quæ pro com. opinionum autoritate ab earum baſiatoribus afferri ſolent.

§. VI.

Verùm ea omnia cum cœteris, quæ in contrarium adſtrui poſſunt, argumentis, nos non impediunt, quo minus amplectamur eorum ſententiam, qui ex jure certo jus incertum, non attentà com. DD. opinione, æſtimant. prout enim Theologi contentiones ſuas ad Verbum Dei examinandas, & ſecundum illud decidendas præcipiunt, miſſis Gloſſatorum interpretamentis, ità & apud JCtos non ex DD. opinionibus, ſed ex certis legibus dubiæ juris quæſtiones decidendæ ſunt, nobisque ſine lege loqui eſt erubeſcendum: Quinimo & illud inficiari nemo poteſt, com. opinionem ſæpenumero deprehendi falſam & erroneam, ità ut illi non ſemper tutò confidendum, recteque ab Imp. JUSTIN. *L. 1. §. ſed neque. C de vet. jur. enucl.* ſcriptum ſit, non ex multitudine Autorum, quod melius & æquius, judicandum eſſe: Cum poſſit unius forſitan & deterioris ſententia multos & majores aliqua in parte ſuperare. Quod ut Juris compilatores in componendis Digeſtis (ad hos enim allegata conſtitutio emiſſa & directa fuit) facere jubentur, ita & judici, ejus Aſſeſſoribus, & qui aliàs juri dicundo præſunt, eandem judicandi & de jure reſpondendi normam & regulam præſcriptam eſſe cenſebimus; maximè cum judex datus, (de quo hic nobis ſermo eſt,) non habeat liberam judicandi facultatem, ſed poteſtas ejus legibus ſit adſtricta, uti inter alias, quibus ea poteſtas limitata fuit, leges ac conſtitutiones, conſtat ex *princ. Inſt. de offic. Judic. & C. I. §. 4. ad Turp. L. 15. ad municip.* Secus in compilatoribus juris noſtri obtinuit, quippe quibus libera eligendi & pro jure ponendi poteſtas data fuit, ut patet ex *d. l. 1. §. 6. verſ. & ideo.* Veritatem hujus noſtræ ſententiæ ulteriùs evincit ipſe finis, propter quem veterum

B JCto-

JCtorum ſcripta in unum ſint congeſta corpus, ne ſcilicet, ut olim fiebat, per contrarias interpretantium ſententias jus conſtitutum & in ordinem certum redactum denuò conturbetur & incertum fiat, ut videre eſt in d. Conſtitut. Imperatoris, quæ eſt de conceptione Digeſt. Cum igitur jus noſtrum certum & finitum eſſe debeat, quis eſt, qui ejus dependentiam ab incerta interpretum autoritate aſſeverare auſit? quid, quod ſoli Imperatori Legis condendæ poteſtas reſervata ſit per *L. ult.* §. 1. *C. de bl.* cui conſequens eſt, com. DD. opinioni neceſſariam autoritatem attribui non poſſe, quippe cum ita in effectu & re ipſa condendæ Legis poteſtas ipſis interpretibus communicaretur; quod abſurdum dictum.

§. VII.

Ad Leges & argumenta, quibus infirmari poſſe adſertum noſtrum videtur, nominatim nunc etiam reſpondemus: & quidem, quod (primum) ex ſtylo & uſu fori deſumptum attinet, quaſi ità receptum ſit in judiciis, & ab hac conſuetudine recedi non debeat, *per allegata.* Negamus ſuppoſitum cum tantùm ibidem formalia judicii ſubintelligantur; & poſito, à nonnullis judicibus & judicum Aſſeſſoribus communiter ſtylum huiusmodi fuiſſe obſervatum, ei tamen conſequens non foret, ab omnibus dehinc judicibus eundem obſervandum eſſe, cum abuſus ſit ille potius quàm verus rei uſus, qui conſuetudinis jurisque vim habeat. *pr.* §. *ſine ſcripto de J. N. G. & C.* (2dum) quod à primæva com. opinionum origine deſumebatur argumentum, veritati hiſtoricæ non convenit, ſed contrarium potius ex veterum JCtorum ſcriptis patet, non illos numero & Autoritate adſtipulatorum certâſſe, cum unius ſæpe Autoritate contenti fuerint. *L. 1. verſ. celſus ait. de reb. cred. L. 9. de ſervit. L. 67. ad Treb.* uniusque Autoritatem plurium ſæpe ſuffragiis prætulerint, *L. 5.* §. *pen. de impenſ. in res dot. fact.* Quod verò ſuperiorum Autoritatem ſententiis ſuis fulciendis addiderint, non eò id factum, ut per plurium ſuffragia jus conſtitueretur, ſed ne ſingulares & novæ ipſorum viderentur ſententiæ, & ut eò lubentius pro jure reciperentur, ſi idem & aliis placuiſſe

mon-

monſtretur. Nec etiam (quod erat (3tium) contrariæ ſententiæ fundamentum) rerum neceſſitas id exigit, ut com. opinio in judicando attendatur; Et ſi enim nec conſulendo nec judicando ea attendatur opinio, quam communem appellant, non proinde tamen deerit ratio veritatis indagandæ, & ambiguitatis, ſi qua eſt, tollendæ; uti nec poſthabitâ & neglecta com. opinione, juris imperfectio inde exiſtet, prout (4tò) argumentabantur; ſed controverſum & ambiguum jus quod attinet, incertum & dubium ex certo & claro jure eſt decidendum, ſi certa nempe ſit Regula, incerta verò exceptio, ſtandum erit regulæ &c. quantum ad dictam imperfectionem. ULPIANUS rationem ſupplendi ea, quæ Legi deſunt, monſtrat nobis *in L. 13. de LL.* Extra illam juris ſupplendi rationem, aliam ſibi interpres ſumere non debebit, ſed Lege tacente tacere. Juxta *L. 8. de public. in rem action. L. 9. §. 1. quod met. cauſ. L. 20. §. 11. de petit. hæred.* Ad (5tum) Reſpond. Veriſimile quidem videri, quod, quæ à plerisque approbantur, veritati magis conveniant, quam quæ ab uno vel paucioribus; At, quod veriſimile eſt, neceſſitatem nullam importat: quod melius & æquius eſt, ſequi jubemur, non attentâ multitudine Autorum *L. 1. §. ſed neque. C. de veter. jur. enucl.* quod monitum D. HIERONYMI relatum *in cap. 5. X. de conſtit.* indeque deſumptum ordine 6tò argumentum concernit: Reſpond. quod eo demum caſu contra oppoſiti Capituli ſententiam ageretur, ſi quid neglectis Legibus, & Imperii conſtitutionibus ex ſuo arbitrio & privata conſcientia jus dicere præſumeret, quod utique non liceret; At verò qui Leges ſequitur, neglectis DD. interpretamentis, nihil omnino contra dictum Capitulum facere cenſebitur. Nec etiam, prout (7mò) aſſerebatur, communes DD. opiniones certis ſemper nituntur rationibus, ſed plures contra Leges & rationes temerè & inconſultò invaluerunt; Ac licet fortè ratio dari poſſit, indè tamen non ſtatim pro jure haberi poſſent, cùm ratio jus non faciat, ſed Legislatoris Autoritas deſideretur, uti plenius conſtabit ex ſequentibus, ad quæ pro uberiori ſolutione argumenti hujus ultimi nos referimus.

## §. VIII.

Non majoris eſt momenti eorum argumentandi ratio, qui, cum vulgatam juris Regulam pro ſe habeant, intentionem ſuam fundatam, atque inde deciſionem cauſæ petendam eſſe ſtatuunt, de qua Interpretes communiter ad *L. pen. de milit. teſtam.* & *L. inter cætera §. ſed etſi.* 1. *de Legat.* GABRIEL *de præſumpt. Lib. I. Concluſ.* 12. TIRAQ. *lib. I. retract. §.* 1. *Gloſſ.* 7. *&c.* in hujus igitur practicorum theorematis veritatem, quatenus illud obtineat, & num ad communes juris ſententias, cujusmodi habentur ſub tit. *de Regul. Jur.* pertinent? inquirendum erit! Non deſunt quidem rationes, ex quibus id aſſerendum videatur, & quidem (1) ex vi & uſu verbi, quippe cum ſententiæ hujusmodi, κατ' ἐξοχὴν & quâdam eminentiâ Regularum verbo veniant, ut ità illis maximè dicta ſententia verificari videatur, cum verbum abſolutè poſitum in potiori ſignificatu accipi debeat, per vulgat. (2) Ex Etymologia nominis, traditâ in *C.* 2. *diſt.* 3. ubi ex ISODORO regula inde dicta eſſe perhibetur, quod rectè ducat, vel regat, & normam rectè vivendi præbeat, diſtortum pravumque corrigat; ut ità per regulam hoc loco ſignificetur brevis quædam ſententia juris, ad quam veluti normam exploretur, quid in quaque juris quæſtione rectum, æquum, ac verum ſit? definiente ità FABRO ad *L.* 1. *de Reg. Jur.* (3) Ex hoc, quod Lex & Regula ſint æquipollentia, & per Regulam Lex definiatur. *L.* 2. *de L. L.* (4) Ex collocatione & ſitu titulorum, qui ſunt de *Reg. Jur.* Siquidem tum Civili tum Canonico jure in numerum aliarum ſpecierum juris referuntur, ut ità, quemadmodum ex præcedentibus titulis deciſiones ſumuntur, ſic quoque ex ultimo iis annexo firmiter inferre liceat. (5) Ex naturali ratione, in qua Regulæ Juris ſunt fundatæ, præcipuè cum iſta vim Legis habeat, & quærere Legem, ubi naturaliter ſentimus, mentis defectum arguat, ùt poſt DD. commun. tradit BORCH. *de verbor. oblig. c.* 2. *n.* 122. (6) Ex ſententia GRATIANI, qui idem velle videtur in *C. conſuetudo §. porro diſt.* 1. ubi, *ſi ratione*, inquit, *Lex conſiſtit, Lex erit omne, quod ratione conſtiterit.* Cui conſequens

eſt,

eſt, ex rationibus ſumptas argumentationes jurisque regulas vim Legis habere. (7) Denique ex eo, quod Legum rationes ex Regulis & ſententiis juris deſumantur, uti e. g. quod Prætor actionem conſtitutæ pecuniæ introduxit, ejus ratio ſumitur ex Regula naturali: quia grave eſt fidem fallere: quod Actionem negot. geſtor. dedit, rationem habet in regula juris: quia nemini officium ſuum debet eſſe damnoſum; & ſic deinceps aliæ juris conſtitutiones ex aliis jurium regulis dependent, ſuumque eſſe habent &c.

§. IX.

Sed, ut ut hæc omnia nos fugiant, magis tamen eſt, ut dicamus, hanc ſententiam (quâ intentionem ſuam fundatam habere dicitur, qui Regulam pro ſe habet) in communibus Juris regulis, quales continentur ſub tit. *de Reg. Jur.* minimè verificari, nec appellatione Legum, quas in judicando attendi debere, ſupra diximus, generaliſſimas illas juris ſententias contineri, ſed ſpeciales cujusque caſus definitiones ſignificari, id quod tum apertis juris textibus, tum evidentibus inde ſumptis rationibus probari poteſt; Ex textibus enim I. occurrit *L. 1. de R. I.* ubi PAVLVS: *Ex regula,* inquit, *jus non ſumitur.* quibus verbis ſignificare voluit, ex generalibus illis rationibus ſeu Regulis, quales ſub d. tit. continentur, non poſſe dari actionem, exceptionem, aut aliud jus, niſi ſpeciali aliqua actione adjuventur, explicante ità NIC. VIGEL. in notis ad *L. 1. de R. I.* Cui non contrariatur, quod ſubjicit idem PAVLVS: *per regulam brevem quandam rerum narrationem tradi, & eſſe quaſi cauſæ conjectionem:* hoc ipſo enim innuere videtur Legibus certis & ſpecialibus deficientibus, licere judici, ex Regulis illis generalibus, quaſi ex quibusdam indiciis jus cauſæ conjicere, vel aliquid, quod ſequatur, præſumere; ſiquidem limitate verba iſta ſumenda, & ad quæſtiones facti, aliasque cauſas arbitrarias referenda eſſe, ex ſequentibus eluceſcet. Occurrit II. *L. 5. de probat.* ubi idem PAVLVS *ab ea,* inquit, *parte, quæ dicit, adverſarium ſuum aliquo jure prohibitum eſſe, ſpeciali Lege & conſtitutione id probari oportet.* III. *L. 10. de publ. in rem act.* ubi CAJVS *de pretio,* inquit, *ſoluto nihil exprimitur:*

*mitur:* quod perinde eſt, ac ſi dixiſſet, deficiente Lege ſpeciali, non licere diſtinguere, utcunque *probabilis aliqua ratio* diſtinctionem ſuadere videatur. Ex rationibus non minus, quibus hæc Sententia comprobatur, & contraria refutatur, I. facit ea, quod jus noſtrum finitum & certis cancellis circumſcriptum eſſe debeat, monente NERATIO *in L. 2. de jur. & fact. ignor.* Atqui ex regulis juris, argumentis topicis, & ſententiis generaliſſimis ſi argumentari & jus inde conſtituere liceret, finitum jus non haberemus; ſic enim nulla foret regula, quæ non excipiendo; nulla exceptio, quæ non replicando, nulla replicatio, quæ non duplicando, & ita deinceps limitari ac diſtingui poſſet, excogitatâ probabili aliquâ diſtinguendi ratione. II. Et ea non levis momenti eſt, quòd non rationibus ſed Legibus pugnandum eſſe docemur, exemplo *L. 4. C. de Verb. ſignif.* ubi Legatum illi aut illi relictum, copulativum eſſe dicitur, cum tamen & diſputandi ratione disjunctivum potius eſſe videatur, juxta *L. ſi ita. 43. §. fin. de Legib. 2.* Sic licet, quod ſub conditione debetur, poſſit vendi, *L. 17. & 19. de hæred. vel action. vend.* item donari. *L. 3. C. de Donat.* non tamen, quod ſub conditione Legatum fuit, ante exiſtentiam conditionis alii delegari poteſt *L. Legata 41. de cond. & demonſtr.* quod utique juxta *d. L. 17.* dicendum eſſet, ſi rationibus & argumentis pugnare, indeque jus conſtituere liceret. III. Non ex rationibus & regulis agi vel excipi poſſe, inductione exemplorum demonſtratur; Licet enim d. regula ſit, jure noſtro fundata: *nemini officium ſuum debere eſſe damnoſum. L. 7. quemadm. teſt. apert.* Ex illa tamen is, qui aliena negotia geſſit, non potuiſſet actionem neg. geſt. intentare, niſi hoc ipſi ex edicto Prætoris, quod habetur in *L. 1. de neg. geſt.* conceſſum fuiſſet, *nihil tam congruum eſt fidei humanæ, quam ea ſervare, quæ ſemel placuerunt. L. 1. in princ. de pact. L. 1. de Conſt. pecun.* Ex hac tamen Regula actio ex pacto non daretur, niſi edicto Prætoris, aut alia ſpeciali Lege adjuvaretur. *L. 6. de pact.* ubi PAULUS: *interdum,* inquit, *ex pacto actio naſcitur, quoties ſcilicet Lege vel SCto adjuvetur;* ſimiliter, licet grave ſit, fidem fallere, nec promiſſis ſtare, ex hac tamen

Digitized by Google

tamen regula, utcunque in jure naturæ fundatâ, actio conſtitutæ pecuniæ intentari non potuiſſet, niſi Prætoris edicto introducta fuiſſet. *L.* 1. *& tot. tit. de conſtit. pecun.*

§. X.

Quæ in contrarium allata fuerunt, tanti non ſunt momenti, ut aliud inde evinci queat; quod enim I. ex vi & uſu verbi afferebatur, parum ſtringit, ſiquidem regulæ verbum *καλὸνρμων* eſſe, notum eſt; cum primò omnis lex & conſtitutio regula appelletur; uti textus eſt in *L.* 2. *ſed et. de LL.* ubi lex definitur: Regula juſtorum & injuſtorum, cui concordat *C.* 1. *cum ſeqq. diſt.* 3. ſunt enim LL. nihil aliud, quam regulæ actionum humanarum. Deinde per regulam etiam ſignificantur prima juris principia, generaliſſimæ juris ſententiæ, argumenta & rationes topicæ, cuiusmodi eſt: *Afflicto non eſt addenda afflictio. Nemo debet locupletari cum alterius damno. Vim vi repellere licet. &c.* In priori ſignificatu quando ſumitur, & per regulam ſpecialis cujuſque actionis vel exceptionis definitio ſignificatur, locum habet ſupra dictum Practicorum theorema. quod intentionem ſuam fundatam habeat, qui Regulam pro ſe habet; & eſt illa potior hujus verbi ſignificatio: Non obſtante, quod, quæ ſub *tit. ult. ff.* continentur, ſententiæ vulgato loquendi uſu regulæ appellentur, generali enim verbo hujusmodi ſententias ſignificari placuit, prout & alias uſitatè receptum; nec omnis Synecdoche, dum generali verbo certa ſpecies ſignificatur, præeminentiam in ſe habet, ut ex verbo Adoptionis, cognationis, & ſimilibus patet. Unde &, quod II. de notatione & Etymo vocis afferebatur, parum obſtat, ſiquidem, quæ ex allata etymologia operatio colligitur, reguliſque adſcribitur, non ad quasvis regulas, ſed priori ſignificatu ſumptas, pertinet, quibus etiam definitio ex FABRO allata proprie convenit, nec ad generales juris ſententias porrigi poterit, cum longè alia huiusmodi regularum ſit ratio, ac proinde alia etiam definitio, tradita à PAULO in *L.* 1. *de Reg. Jur.* Nec omnis regula Legi æquipollet, prout III. inferri voluit; omnis ſane Lex eſt regula, at non omnis regula Lex eſt, ſi Legis verbum limitate pro ſpe-

ciali

Digitized by Google

ciali cujusque cauſæ determinatione ſumamus. Ex collocatione & ſitu titulorum, quod IV. inferebatur, refellitur apertè per PAVLVM in *d. L. 1. de Reg. Jur.* imò talem vim & utilitatem regulis hujusmodi ſi compilatores tributam voluiſſent, non ad finem rejeciſſent, ſed initio præmiſiſſent; nec dici poteſt, eam ob cauſam ad finem illas reſervatas, ut ſignificetur, deficientibus Legibus ſpecialibus ad illas recurrendum eſſe. Hanc enim conjecturam non patiuntur, quæ de vi & Autoritate regularum ex PAVLO initio *d. tit.* referuntur, ex quibus de mente Compilatorum aperte conſtat, ut proinde in manifeſtis non ſit locus conjecturis. Quod V. ratio naturalis vim Legis habere dicebatur, falſum planè & erroneum putamus, prout ex ſupra dictis ſat clarè patet, & apertè demonſtratur exemplo *L. 1. de conſt. pecun.* ubi ut ex conſtituto detur actio, prætor deſideratur, utcunque naturali æquitati conveniens fuerit, pacta conventa ſervari. Unde & quod VI. ex C. *conſuetudo* §. *porro. diſt.* 1. afferebatur, ſpontè corruit; non enim ratione, ut dictum, conſiſtit lex, ſed Autoritate Legislatoris & conſenſu Populi, ſiquidem lex etiam parum rationabilis vim ſuam obtinet. *L. proſpexit. qui & a quibus manum. ff.* Nec magis obſtat, quod VII. & ultimo adſtruebatur contrariæ ſententiæ fundamentum: quod ſcilicet Legum rationes ex regulis juris deſumantur; Etſi enim juxta Doctrinam Logicorum, quidquid eſt cauſa cauſæ, etiam ſit cauſa cauſati, eoque intuitu rationes Legum pro cauſis illarum accipiendæ videantur; aſt ſi rem penitus inſpiciamus, regulam ſeu rationem legis, minimè actionum & exceptionum, adeòque juris conſtituti cauſam eſſe animadvertemus. Etenim ratio per ſe & abſolutè conſiderata, jus agendi & excipiendi non conſtituit, ſed quatenus Lege ſpeciali fuit confirmata, ut ita confirmatione Legislatoris deficiente rationes hujusmodi pro nullis habeantur, quippe efficacia omni deſtitutæ; itaque firma manet noſtra ſententia, ex regulis generaliſſimis, quales continentur ſub tit. *de reg. Jur.* jus non ſumi; id quod, cum brevitati ſtudeamus, ad primum quæſtionis membrum: quomodo ſcilicet judicandum,

ſi in

ſi in *Jure* ſtatus cauſæ conſiſtat? Reſpondiſſe ſufficiat, placet igitur transgredi ad ſecundum.

§. XI.

Quomodo nimirum judicandum, ſi in *facto* ſtatus cauſæ conſiſtat? Facti quæſtio in arbitrio eſt judicantis, inquit PAPIN. in *L. 15. ff. ad municip.* quam judicandi regulam repetitam quoque & exemplis declaratam habemus in *L. 1. §. 4. ff. ad SCtum Turpill. L. 79. §. 1. ff. de judic. L. 3. in prin. §. 1. 2. & 3. de teſtib. &c.* Non tamen inde ſequitur, quod ex nudo meroque ſuo arbitrio Judici judicare, & facti quæſtionem determinare liceat, ſed ex argumentis & teſtimoniis, quæ rei aptiora, & vero proximiora eſſe cognoverit, animi ſui motum confirmabit, prout ipſi præſcriptum legimus in *Fin. L. 21. de teſtib.* exemplum quoque extat in *L. 5. §. 6. ff. de re milit.* & in *L. 1. §. 3. ff. ad leg. Cornel. de Sicar.* Atque hoc eſt, quod vulgo dici ſolet, judicem ſecundum Acta & probata judicare debere. Quid verò, ſi aliud judici ſit notum, annon ſuam potius ſcientiam, quam acta & probata ſequi poterit? Pone, cauſam à Litigantibus in judicium eſſe deductam, probationes ab Actore habitas, productas, publicatas, at judicem certo ſcire, aliter ſe rem habere, probationes falſas exiſtere, nunquid contra habitas probationes ſecundum ſuam conſcientiam & notitiam judex judicare poterit? Pone ſimiliter, alterutrum litigantium, bonam juſtamque fovere cauſam, at probationem ipſi deeſſe, judici vero de veritate facti conſtare; nunquid defectum probationis ex ſua ſcientia Judex ſupplere poterit? non convenit inter Interpretes: diſputatum ea de re fuit jam olim inter antiquos Gloſſatores MARTINUM & JOANNEM, diſputatur adhuc hodie, tam inter Theoreticos in Scholis, quam inter Practicos in foro; Cumque nobis ex inſtituto alterutri ſubſcribendum ſit, neceſſe erit, utriusque rationes aliquot & fundamenta prævié audire, ut ità plenius perſpiciatur, utra pars æquiorem foveat ſententiam?

§. XII.

Scientia ſeu conſcientia Judicis, prout ACCURSIUS

 cum

Digitized by Google

cum ſuis diſtinguit, duplex eſt: altera, quam quis velut judex habet, h. e. eorum, quæ videt aut intelligit tempore judicii; altera, quam habet de iis, quæ privatim ſcit; Secundum hanc, non vero ſecundum illam, Judicem judicare debere, primus docuit MARTINVS, quem ſecuti fuerunt VASQ. *illuſtr. controv. 14.* OLDEND. *in tract. de jur. & æquit. aſſert.* 2. HOTTOM. *illuſtr. quæſt.* 27. & plures alii, qui moventur (primò) quod judex ſit & debeat eſſe vir bonus, juxta *L. 4. §. 1. fam. ercisc.* à viro autem bono nil magis alienum eſſe debeat, quam contra conſcientiam quid agere. (2dò) quod per *L. 2. C. ſi cont. jus vel util. pub.* judici injungatur, ut pro tenore veritatis, non attenta ſupplicantis allegatione cognoſcat. Idem (3tiò) evinci poſſe putant ex *l. 6. §. veritas ff. de offic. Præſid.* ubi dicitur, quod veritas rerum geſtarum erroribus non vitietur, indeque inferunt, veritatem eumprimis Judici attendendam eſſe, non attento eo, quod falſo & per errorem actum & probatum fuit, (4tò) quod ſpretis mediis repugnantibus finis unus ſit inſpiciendus, ſi adſit, juxta quem judicemus. *L. emancipat 7. in fin. ff. de Senator.* Atqui finis actorum & habitarum probationum eſt, ut veritas innoteſcat. ſpretis igitur, *inquiunt*, actis, quæ ſunt media ad veritatem eruendam deſtinata, pro veritate, quam habemus, pronunciare debebimus; quando enim de fine conſtat, de mediis non debemus eſſe ſoliciti, & quando finis habetur, ceſſant deſtinata ad finem. *arg. §. ſed ſi eſt: Inſt. de Suſpect. tutor.* (5tò) quod probationes ſint arbitrariæ, & pendeant ab arbitrio judicis, juxta *d. L. 3. §. 1. cum ſeqq. ff. de teſtib.* indeque inferunt, quod judex ad acta & probata non ſit alligatus, ſed ex arbitrio & conſcientia ſua judicare poſſit. GOTHOFR. *in notis. ad d. l. 3. §. 2. lit. C.* (6tò) Quod Impp. DIOCLETIAN. & MAXIMIANUS *in l. unic. C. ut quæ deſunt. Advoc. part. jud. Suppl.* judicem jubeant, ſi quid à litigatoribus vel eorum Advocatis minus fuerit dictum, id ſupplere & proferre, quod ſciat legibus & juri publico convenire; Ergo judex etiam extra probata ex animi ſui ſententia & propria notitia judicare poterit. (7mò) denique quod

juxta

Digitized by Google

juxta *L. 1. C. plus vel. quod ag.* veritas in contractibus potiùs, quam ſcriptura attendi debeat; idem conſequenter de probatione, quæ fit per teſtes, judicandum, cum inſtrumenta & teſtes ad paria judicentur &c. Hæc ſunt, quæ pro MARTINI ſententia præter alia afferri ſolent.

§. XIII.

Contrariam ſententiam, quod nimirum judex ſecundum ea, quæ allegantur & probantur in judicio, non vero ſecundum ea, quæ ſcit ut privatus, judicare debeat. Primus docuit ſupra dictus JOANNES, gloſſator antiquus; hunc communiter ſecuti fuerunt DD. prout illum ſequuntur Jul. Clar. *Lib. 5. ſentent.* COVARRUV. *Lib. 1. variar. reſolut. cap. 1.* MASCARD. *de probat. concl. 949.* CUJAC. *2. obſerv. 19.* Gloſſa & communiter Canoniſtæ *ad Cap. Paſtoralis. 28. §. quia verò x. de offic. deleg.* Huius ſententiæ fundamentum Imum ſumitur ex *lib. 6. §. veritas. de offic. Præſid.* ubi Præſes provinciæ fidem eorum, quæ probabuntur, ſequi jubetur. quod utique taxativè exaudiri debet, ita ut contraria judicis ſcientia excludatur. *Deinde* textus expreſſus in *C. 1. cum ſeqq. cauſ. 4. quæſt. 4.* negat unum eundemque ſimul & teſtis & Judicis officio fungi poſſe. quod utique fieret, ſi deficientibus probationibus, vel præteritis his, quæ in judicio producta ſunt, judici ſecundum ea, quæ privatim ſcit, judicare permittatur. IIlum ſumitur ex certa juris noſtri regula. quod deficiente probatione ſuccumbat is, cui probandi onus incubuit, & adverſarius obtineat, traditâ in *L. 4. C. de edend. L. 2. C. de Probat. L. 9. C. de except.* Ejus verò exceptio. *niſi judex id, de quo quæritur, ſuis oculis viderit, vel rem ita ſe habere ſciverit;* nullâ Lege fundatur, ſed à Doctoribus communiter reprobatur, teſte KIRCHOVIO 4. *concluſ. 69.* Atqui tralatitium eſt, quod ſtandum ſit regulæ, donec exceptio doceatur. IVtum Ex textu *in d. Cap. Paſtoralis.* Ubi ordinarius ad mandatum delegati, ſententiam à delegato latam exequi jubetur, etſi ſciat, eam injuſtam eſſe; quod utique ipſi injungi non debuiſſet, ſi conſcientiarum religio attendenda foret. Vtum Ex textu in *Cap. Sæpe. §. ſententiam Lib. 5. clement. tit. 11.* ubi judex ſententiam ferre jubetur, prout ex petitione, probatione, & Actitatis

C 2 con-

Digitized by Google

conſtiterit. VItum Ex *Cap. ult. cauſ. 15. quæſt. 5.* ubi, ut Presbyter officio ſuo privetur, requiritur, ut ſcelus ſponte ſit confeſſus, vel convictus, nec ſufficit Epiſcopo, ſcelus notum eſſe. VIImum denique ex eo, quod hæc ratio litium finiendarum tutior ſit, ſi judex ſecundum Acta & probata judicare jubeatur, quam ſi ei permittatur, propriam ſequi ſcientiam, & ſecundum hanc poſthabitis probationibus judicare, cum facilè in gratiam amici, vel odium inimici quid fingere poſſet. Hæc ſunt præcipua, quæ pro JOANNIS ſententia faciunt fundamenta, eamque, ſicuti præ MARTINI ſententia magnam obtinendi & perſuadendi vim habet, ità & tutiorem ac de jure veriorem putamus, ſuperius allatis in contrarium argumentis jam obviaturi.

§. XIV.

Primum quod attinet, etſi judex ſit, debeat eſſe vir bonus *d. l. 4. fam. erciſc.* Et antequam ad judicandi munus admittatur, Juramento de adminiſtranda juſtitia obſtringatur. *L. rem non novam: C. de judic.* periculum tamen eſt, ne affectibus ità aliò abducatur, quod non eſt metuendum, ſi juxta acta & probata judicare jubeatur; Nec proinde judex contra conſcientiam agere jubetur, cum, ſi velit, cauſam alteri delegare poſſit, aut à ſuperiore impetrare, ut ipſe ab hujusmodi judicio liberetur. Ut taceam, ejus conſcientiam lædi non poſſe, qui, quod facit, Lege approbante facit. *Argum. L. Gracbus. C. ad Leg. Jul. de adult.* Quod *deinde* ex *L. 2. C. ſi contra jus vel utilit. pub.* adducebatur. Judicem ad veritatem reſpicere debere, non attentâ ſupplicantis allegatione; neutiquam nobis obſtat, cum nil aliud ibi doceatur, quam quod reſcriptum ſupplicanti non proſit, ſi precibus ſuis Imperatori falſum narraſſet; unde in foro frequenter fieri videmus, quod mandata ad narrata ſupplicantis ſubreptitiè impetrata caſſentur, ſub-& obreptionis exceptione probatâ. Quod *l. 6. §. veritas. de offic. Præſid.* 3tiò loco objectam attinet, nec exinde contraria prior ſententia firmatur, cum nil aliud ibi tradatur, quam quod, ſi probetur error circa rem geſtam interveniſſe, judex errore detecto, id, quod in

vero

vero eſt ſequi debeat, imò cum Præſes provinciæ fidem eorum, quæ probabuntur, ſequi jubeatur, contrarium inde potius oſtenditur, & quid ad 4tam dubitandi rationem reſpondendum ſit, facilè patet; dum enim acta & probata obſervari volumus, nihil, quo tegatur veritas, ſuadetur, ſed tutior & certior veritatis indagandæ modus oſtenditur, nec enim de veritate ſufficientur conſtat ex eo, quod Judex rem hoc vel illo modo ſe habere, aſſerit, cum poſſit falſo aſſerere: Sanè ſi id, de quo quæritur, judici notum ſit ut judici, ulterior probatio neceſſaria non eſt. *Cap. ult. cauſ. 5. q. 5. in princ. Cap. probibentur. in fine. cauſ. 2. q. 1.* Si verò judici non ut judici, ſed ut privato aliquid notum ſit, non attentâ judicis ſcientia probatio deſideratur, ut præter ea, quæ ſupra adduximus, luculenter conſtat ex *d. Cap. ult. §. ſed mirandum. cauſ. 15. q. 5.* Ad 5tam reſpondemus, probationes non eo ſenſu dici arbitrarias, quaſi judex ex nudo ſuo arbitrio eas æſtimare, & pro probato habere poſſit, quod probandum erat, ſed ſi dubitetur, utrum probatio ſit ſufficiens, nec ne, Judicis arbitrio permittitur, ut, quod ſibi veriſimilius videtur, pronunciare poſſit; puta, ſi teſtium alii aliud depoſuerint, vel idem teſtis in ſuo teſtimonio variaverit. *L. 2. L. 21. §. ſi teſtes ff. de teſtib. Novel. 90. cap. 3.* Item ſi aliud in inſtrumento contineatur, aliud teſtes depoſuerint, *Nov. 73. cap. 3.* Quibus & ſimilibus caſibus, quid magis ſit credendum, & quomodo veritas indaganda, diſcretioni judicis committitur. Ad 6tam quoque non eſt difficilis reſponſio: Etenim ex *d. L. C. ut quæ defic. Advoc. part. Jud. ſupp.* non rectè infertur, quod, cum judici permittatur ſupplere ea, quæ à litigatoribus vel eorum advocatis omiſſa ſunt, judex etiam extra probata ex animi ſui ſcientia & privata notitia judicare poſſit; neque objecta regula abſolutè & indeterminatè obtinet, ſed cautione indiget & cum temperamento eſt intelligenda; vera eſt, ſi de jure actionis vel exceptionis quæratur, tunc enim, quamvis litigator in jure intentionis ſuæ probando deficiat, jus tamen judici conſtet, ut ei conſtare debet, juxta *Nov. 82.* Judex ei, qui probatio-

 ne

ne juris deſtituitur, ſubveniet, Legesque, quamvis à parte non allegatas, ſequetur, ſicque ſupplere poterit id, quod Partibus & Advocatis defuit: Hoc quoque modo in facti quæſtionibus judex quandoque partibus ſuccurrere, & quomodo veritas erui queat, inveſtigare poterit, uti tradit ULPIAN. *in L. ſi ſervus 50. §. fin. ff. de Legat.* Plura hujus alia in variis juris noſtri locis occurrunt exempla. Quod denique *ex L. 1. C. plus val. quod ag. quam quod ſimulat. concip.* Pro 7ma dubitandi ratione allatum fuit, ad præſentem quæſtionem non pertinet; Cum ibi tantum dicatur, quod ſi aliud ſit actum, aliud verò ſcriptum, non tam quid ſcriptum, quam quid actum ſit, attendi debeat, cujus exemplum habetur in *L. 2. eod. tit.* ubi Jmpp. DIOCLET. & MAXIM. *Acta ſimulata*, inquiunt, *velut non ipſe, ſed ejus uxor comparaverit, veritatis ſubſtantiam mutare non poſſunt.* Hinc quæſtio facti per judicem examinabitur.

§. XV.

Verùm objici hic nobis adhuc poterit: prædictum thema tantum quoad cauſas civiles à DD. eſſe confectum: Aliud planè dicendum fore, ſi quæſtio in cauſis criminalibus vertatur; ut puta, ſi judex reum privata notitia ſciat eſſe innocentem, tametſi enim probatum fuerit, eſſe nocentem, judex tamen eundem condemnare haud poterit, ſi ad pœnam mortis agatur, quia lex naturæ, quæ directam prohibet occiſionem innocentis, reſpicit materiam independentem à poteſtate humana; Reſpub. enim tam parum habet dominium in vitam ſuorum ſubditorum, quam parum quivis habet in membra ſua; Ergo ab hominibus nullo modo mutari poteſt. Aſt cum & ad hæc ex ſubra dictis ultrò fluat reſponſio, ſubſiſtimus priori Regulæ generali tot legibus fundatæ inhærentes; Cœterum, quamvis alius ſit modus procedendi in criminalibus, alius in civilibus judiciis, ut paſſim docet *Nemeſis Carolina*, in illis tamen æquè ac in his Judici Legi inſerviendum, nec ab ejus ſententia divertendum erit. Hinc licet in criminalibus probationes luce meridiana clariores eſſe debeant. *L. fin. C. de Probat.* Et mulier regulariter non admittatur. *C. 10. §. teſtes. X. de V. d.* Ad elicien-

eiendam tamen Rei confeſſionem, torturam adhibere non licet, niſi reus indiciis gravibus atque propinquis ( quæ in *Ord. Crim. Art. XVIII.* redliche und gnugſame Anzeig-appellantur) gravetur *L. 1. & L. 8. ff. de quæſt. Ord. Crimin. Art. XX.* Neque hoc caſu nova & crudelia tormentorum genera erunt adhibenda, ut pulchrè etiam docet certa hiſtoria Gallica. Quod Curia Pariſienſis noluerit adhiberi genus quoddam immane torturæ, etiam in perſona interfectoris HENRICI IV. Galliæ Regis, quod neſcio, quis Jtalus ſuggerebat. Abſint igitur Phalaridis Taurus, Neronis faces, LUDOVICI Galliæ Regis caveæ, is enim Judex humanum ſanguinem, ut nullius pretii, maximo cum gaudio effundit, qui his in rebus videri vult ingenioſus & artifex: in ejusmodi tyrannum judicem graviter & merito Gloſſator Juris Saxonici ità invehitur. Ich ſage dir, du Richter, legſt du einem berichteten Mann eine andere Pein an, als die, welche ihm das Recht giebt und zutheilet, ob er auch ſchon darumb bittet, ſo biſt du an ſeinem Blut und an ſeiner Seelen ſchuldig: Darum ſolſt du wiſſen, daß, wann du anderſt richteſt, dann dich das Recht lehret, ſo ſoll über dich zu recht, eben das Gericht ergehen, darum, daß du dem Recht etwas zu-oder abgethan.

§. XVI.

Ex paulo ante dicta *L. fin. C. de probat.* (quæ vult, ut probationes in iudicio criminali ſint luce meridianâ clariores:) novum videtur oriri dubium, an judex in cauſa criminali ex præſumptione poſſit procedere ad ſententiam? Præſumptio dicitur conjectura ex aliquo veriſimili ſigno ad probandum aſſumpta: ſi enim Lex aliquid pro vero habet, donec aliter conſtet, præſumptio Legis eſt, quæ ſi probationem in contrarium admittat, ſimpliciter præſumptio juris nominatur, ſi non admittat, præſumtio juris & de Jure compellatur. Volunt etiam complures dari præſumptionem hominis, verum ei competit potius nomen ſuſpicionis, niſi & illa fundamentum habeat in mente & ratione Legis. Ex præſumptione Juris & de jure judicem non tantum poſſe ad ſententiam procedere, ſed etiam debere

juxta

juxta præſumptionem illam Sententiam ferre, ex hoc ſtatuimus, quod jus illam pro veritate habet, neque probationem in contrarium admittit, neque judici de Legibus, ut ſupra dictum, judicare competit; neceſſum igitur eſt, ut ita ſententiam ferat. Sic ſi Profeſſus Religionem nulliter, poſt profeſſionem per quinque annos manſerit in religione, & poſtea velit reclamare, profeſſionemque nullam probare; motâ hâc de nullitate Profeſſionis quæſtione in judicio, tenetur judex ſententiam ferre pro religione & monaſterio; quia præſumptione juris & de jure ratificata eſſe creditur profesſio, prout habet Concilii TRIDENT. *Seſſ. 25. Cap. 19. de regularib.* conſtitutio. Ex præſumptione juris quoque ſententiam ferri poſſe in civilibus cauſis, non dubitatur, quia id ipſum ſapientiſſimi Salomonis judicio comprobatur in *Cap. Adferte 2. X. De præſumpt.* Dubium tamen eſt, & Doctores inter valde controverſum, an etiam in Criminalibus ex præſumptione Juris procedat judicium? Quid obſervetur in praxi, hic & nunc non curamus; ſed ſecundum jura affirmativè repſondemus, quod etiam alicujus Rei in cauſa criminali fieri posſit condemnatio, ſi contra eum ſtet plena, ſeu nullatenus enervata juris præſumptio. Opinionem noſtram fundamus in contrariæ partis fundamento, ſcilicet in *d. L. fin. C. de Probation.* Cujus verba ſunt hæc: *Sciant cuncti accuſatores, eam ſe rem deferre ad publicam notionem debere* ( quæ verba notant legem hanc de criminalibus cauſis agere.) *quæ munita ſit idoneis teſtibus, vel inſtructa apertiſſimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis & luce clarioribus expoſita.* Quæ legis verba ſat clarè innuunt, quod in cauſis Criminalibus etiam ſufficiant indicia indubitata, ex quibus ferri poteſt ſententia; Ergo etiam ſufficit juris præſumptio: non enim erunt indicia juris indubitata alia, niſi præſumptionem juris efficientia: Quæ præſumptio pro veritate habetur, niſi per alia indicia enervetur: Eadem noſtra opinio ſequenti argumento ulteriùs probari poteſt. omnes admittunt, ex dictis duorum idoneorum teſtium, etiam in Criminalibus cauſis poſſe condemnari reum: qui autem

tem condemnatur ex duorum teſtium dictis, non condemnatur ex capite alio, quàm ex præſumptione juris, quia jura præſumunt, veritatem ineſſe duorum teſtium dictis: Conſequenter etiam reus ex alia non enervata præſumptione juris condemnari poterit in criminalibus cauſis, bene enim VASQ. *Lib. 1. illuſt. controv. Cap 14 n. 2.* aſſerit & declarat: *nullum eſſe probationis genus, quod judicem ex toto certum reddat, ea de re, quæ in controverſiam vertitur, nam ùt Lex noluit integram fidem adhibere uni teſti, quia is poteſt mentiri, ita quoque duo, tres, & mille mentiri poſſunt teſtes; ſed tamen duobus, tribus fidem adhibere jubet, eò quod veriſimile ſit*, (ut Legi viſum eſt) *duos vel tres verum dicturos, ſicque huic conjecturæ & veroſimilitudini fidem adhibemus, quam fallere poſſe non ignoramus, ſed humana cognitio & peritia ſeſe non extendit ulterius.* Ità in verbis cit. VASQVIVS. quoties igitur ejusmodi præſumptio juris non enervatur, idem operatur, quod probatio per rei veritatem facta.

## §. XVII.

Sed quid judici erit agendum, ſi probationes ſint omnino æquales, & inter ſe contrariæ afferantur utrinque, ità ut judex in dubio hæreat, & perpenſis omnibus, neutra pars ipſi videatur probabilior? Poteſt autem judex hærere vel in dubio juris vel facti: Si hæreat in dubio *Juris*, ita ut in ipſius intellectu nec uni, nec alteri parti firmiora jura patrocinentur; pro neutra parte is ſententiam ferre poteſt, quia, ut ſupra dictum, à judice abeſſe debet affectus omnis, qui procedit ex motivo non fundato in meritis cauſæ: Et ſane quomodo is declarare poterit, pro qua parte ſtet jus probabilius, ſi neutra pars ipſi videatur probabilior? Debet igitur alia media Litigantibus ſuggerere, monendo, ut vel tranſigant, vel rem controverſam dividant, vel ſorti committant, vel denique arbitros aſſumant. Si hæreat in dubio *facti*, veluti an teſtator tempore conditi teſtamenti fuerit ſanæ mentis, vel non? &c. P. HAVNOLD. *de j. & j. tom. 5. tract. 2. C. 1. contr. 3.* exiſtimat, ad generalia tunc juris principia con-

D fu-

fugiendum eſſe, cujuſmodi ſunt: *Actus præſumitur geſtus à capace, ſi non probetur contrarium. Actus præſumitur validus, ſi de nullitate ejus non conſtet. &c.* Verum ſæpe numero non ita facilè eſt dicere, ſitne dubium juris vel facti; Deinde dubium facti plerumque poſt ſe trahit dubium juris. Sic licet ſit dubium facti, quisnam ex gemellis priore, quisnam poſteriore loco ſit natus? Si tamen omnes hac in parte deficiant probationes, quæritur, quid in tali rerum ſtatu ſit juris? Denique non ſemper in dubio facti applicari poſſunt principia generalia: Unde ſi poſt exactam diſquiſitionem judici nihilominus omnia in æquilibrio pendere videantur, eadem, quæ paulo ante allata ſunt, media ei ſuggerit Clariſſ. Dn. HERZ. *de Magiſtrat. Rom. Germ. Lib. 2. Tit. 2. num. 28. & ſeqq.*

## §. XVIII.

Hactenus dictum eſt, Judicem & Legibus & Actis publicis conformem ſententiam ferre debere. Supereſt, ut quoque videamus, utrùm judex Leges quandoque in judicando transgredi poſſit? Judices, utcunque jurarint ſervare Leges, Canones & Statuta, tamen ex magna & evidenti cauſa poſſe ea transgredi, docet INNOC. *in C. Canonum Statuta in ult. gloſſ. de conſtit.* Ex quo infert BALD. *in L. etſi ſeverior. col. 3. C. de inf.* quod in pupillo committente homicidium, poſſit judex ratione ætatis commutare pœnam mortis in aliam: Item propter metum periculi vel ſcandali poſſit Legem transgredi, idem BALD. tradit in *L. Si quis filio. §. hi autem ff. de injuſt. rupt. teſt.* Excuſeturque in Syndicatu, ſi ob multorum ſalutem, ſtatuta prætërſiliat. *idem L. obſervare q. 10. ff. de offic. Procons.* nec etiam perjurus dici poſſit, qui ex cauſa rationabili transgreditur Statuta. *idem in L. quid ergo §. pœna gravior ff. de inſa.* Hoc idem dogma præ cœteris declarat & explicat FELIN. *in d. C. Canonum Statuta n. 48.* & multas ibi illationes facit memoratu dignas, quibus multi Aſſeſſores ſalvari defendique poſſunt, ut dicit idem BALD. *in C. 2. de re judic.* Cauſæ, ob quas judex Legem transgredi, ſicque pœnam ordinariem in extraordinariam commutare poſ-

Digitized by Google

poſſit, multæ cumulantur à Doctoribus, de quibus vid. copioſe TIRAQ. *in tract. de pæn.* Verum jus hoc mitigandi pœnam non eſt confundendum cum jure mutandi ſeu diſpenſandi illo, quod in majoribus Magiſtratibus tantum obtinet, hoc enim longè alienum eſt à facultate eâ, quam judex minor habet, ex juſta & in Jure adprobata cauſa mitigandi; Siquidem juxta ZIGLERUM *in dicaſtice concl. 36.* §. 44. mitigandi facultas ad interpretationem Legis pertinet, quæ fit ſecundum æquitatem: Aſt diſpenſare, non eſt Legem interpretari, ſed Legis vinculo ſubditum aliquem ex gratia ſingulari ſolvere; Dein per interpretationem, quæ fit à judice, obligatio Legis non tollitur, ſed declaratur, adplicatur, & oſtenditur, Legem propter juſtam cauſam non locum invenire poſſe, diſpenſatione autem Lex alioquin obligatura relaxatur. Illa, de qua loquimur, mitigatio ad officium judicis leges interpretantis & adplicantis ſpectat, hæc diſpenſatio verò illi tantum competit, qui ſumma poteſtate in Repub. ſplendet.

## §. XIX.

Porrò ex dictis ſat clarè eluceſcit, quid judici ſit agendum, ſi lex tantâ obſcuritate laboret, ut per regulas bonæ interpretationis, ſententia ejus erui plane nequeat: aut ſi lex certam pœnam conſtituens adeò clara ſit, ut nullum quidem de ea dubium ſuperſit, ſed ſimul valde duram & quaſi ſanguine humano ſcriptam eſſe, & judex & quilibet alius prudens intelligat; in utròque tamen caſu lenitudini magis, quàm ſeveritati locum dandum eſſe videatur. Tunc, ut demonſtrat. BALDVIN. *in comment. de Conſtantini legibus. lib. 2. pag. 213.* proprio ſuo arbitratu legem talem mutare judici haud licet, ſed opus eſt, ut ad Principem de rerum circumſtantiis is referat, & exſpectet, an Principi placeat, ex æquitate ad ipſum pertinente legem ambiguam & maximè obſcuram interpretatione authenticâ reddere claram & evidentem, ac è contrario legem perſpicuam, ſed ſimul duram vel in certa parte ob æquitatem mutare, vel planè tollere: Et

 hæc

hæc eſt illa æquitas extrinſeca, quæ obverſa fronte cum jure committitur, & pariter à verbis atque à ſententia legis aliena eſt, & de qua Impp: CONSTANTIN. & VALENTINIANVS in *l. 1. & 9. de legibus.* locuti ſunt: interpretationem inter jus & æquitatem ſibi ſolis tanquam Principibus licere inſpicere id quod & JVSTIN. ait, in l. 12. C. de L. L. *ſi in præſenti tempore leges condere ſoli Imperatori conceſſum eſt, & leges interpretari ſolummodo dignum Imperio eſſe oportet.* Quam æquitatis rationem ( cùm ex ſola deliberatione animi ſecundum negotiorum circumſtantias dependeat) non abs re ſibi Principes reſervârunt, ne alioquin cerebrinæ forſitan æquitatis obtentu, ſoluta judicum poteſtas evaderet, & quantum cujusque judicis animo ſederet, tantum etiam legibus locus eſſet: æquitas verò ea, quam judicantibus in jure noſtro tam ſollicitè & frequenter commendari videmus, à GOTHOFREDO *in Comment. in tit. ff. de diver. Reg. jur. in l. 85.* intrinſeca dicitur, eò, quòd judex per ſuam interpretationem, æquitatem non à jure amovet, ſed ſejungit tantùm à verbis juris, utpote quæ, ſi deficiat ſententia legis, vigore omni deſtituuntur.

## §. XX.

In his autem non hallucinari, quæ ex æquitate dependent, cum ſit ſcientia, atque iſtius maximam in applicatione juris habendam eſſe rationem, præcipiunt Impp. CONSTANT. & LICIN. *in L. 8. C. de judiciis.* ubi: *placuit,* inquiunt, *in omnibus rebus præcipuam eſſe juſtitiæ æquitatisque, quàm ſtricti juris rationem.* Hinc non inutilis erit inveſtigatio, utrùm jure ſcripto, an æquitate judicandum ſit? ſed ne incautiùs hic impingamus, videndum eſt priùs, quid in *d. L. 8. C.* nomine ſtricti juris veniat: Strictum jus, quod aliàs ſummum jus dici ſolet, duobus modis intelligi poteſt: altero propriè, cum Leges ſcriptæ nimis ſeveræ, ac ſine ullo temperamento, aut trahuntur per interpretationem ad caſus ſimiles, in quibus tamen ratione cricumſtantiarum eſt aliqua diſſimilitudo, aut in caſu, de quo loquuntur, nimis durus ſenſus extorquetur: alterò modò ſtrictum jus impropriè dicitur, cum fraus fit Legi,

gi, h. e. cum ſalvis verbis Legis, ſententia ejus circumvenitur, detorquendo eam ad impertinentia, aut eludendo ratione ſophiſticâ; hoc ultimo modo prædicta *L. 8. C.* juris ſtricti rationem appellat, ſub cujus nomine neutiquam venit jus ſcriptum. Statuimus proinde, quod in his caſibus, in quibus Leges & præjudicia majorum habemus, ex ſcripto jure judicandum ſit; quia propterea ſcriptæ ſunt Leges, ne quis ab eis diſcedens arbitrio ſuo figat atque refigat æquitatem; neque verò imaginandum eſt, æquitatis cenſuram deſiderari in his caſibus, de quibus principaliter Lex ſcripta ſtatuit. Quis enim credat, quempiam hoc ſæculo graviore deliberatione boni & æqui judicaturum eſſe, quam à Romanis Legislatoribus juſtitiæ conſultiſſimis factum ſit, in illis ſpeciebus, de quibus nominatim & principaliter ſcripſerunt: itaque jam deſcriptæ Leges formam habent optimam de negotiis nominatim comprehenſis, nec egent cenſoribus, imò magis obſervatores deſiderant, ac Nomophylaces, quales olim apud Athenienſes erant. Porro judicis decretum ſeu pronunciatio habet autoritatem, non quod ſit privata Autoritas (neque enim hoc judici expediret, propter implacabilia condemnatorum odia) ſed quia viva vox Juris ſcripti eſt, ut dicit MARTIANVS *in L. nam & ipſum ff. de juſt. & jur.* In illis autem caſibus, qui nominatim ſcripta Lege comprehenſi non ſunt, (quandoquidem omnes comprehendi non potuerunt) ſi ex circumſtantiis facti ſit diſſimilitudo quædam, non admittens, ut referatur ad jus ſcriptum, permittitur ſanè judici, ex probabili tamen humanitatis ratione (ùt ſupra dictum) mitigare Legem ſcriptam: Sicut enim peritus Medicus non omnium oculis uno collyrio ſolet mederi, teſte HIERONYMO *29. diſt. C. ult.* Sic eruditi Magiſtratus & judices alii qualitatem rerum, perſonarum & temporum perpendere debent, quid in hujusmodi factorum ſpeciebus ex bono & æquo pronunciandum ſit; & huc ſanè pertinent ſolertia, eruditio & fides, quas JVSTIN. in Inſt. requirit in adminiſtratoribus Reip. Patet proinde ex dictis, quomodo Judex æqui-

tatis rationem ſequi debeat, ne tamen jus ſcriptum contemnatur.

## §. XXI.

Verùm enim verò, cum jam dictum fuerit, quod in his, quæ jure ſcripto ſunt ſtatuta, non ſit ambigendum de æquitate: fortè quis putabit, hoc noſtro tempore uſum æquitatis non invenire locum. Nam dicet: nil recens nunc accidere poteſt, quod per tanta ſæculorum intervalla non ſæpiùs evenerit; ſi evenit, haud dubiè redactum eſt in jus ſcriptum per JCtos & Impp. qui vigilantiſſimi ſemper fuerunt, ne quid incertum relinqueretur in Repub. Ergo quid nunc opus eſt ejusmodi cenſurâ æquitatis, quam majores noſtri ſatis exercuerunt? quid? quod JUSTINIANUS toties glorietur, ſe omnem vetuſtatem deperditam reparâſſe in *Auth. de mandatis Princ. in princip.* Aſt fanaticam hanc opinionem refutat ſufficienter JULIANUS *in L. non poſſunt ff. de L. L.* ubi, *non poſſunt*, inquit, *omnes articuli ſigillatim aut Legibus aut SCtis comprehendi.* Quod ſanè impoſſibile eſt, etiamſi totidem adhuc promulgarentur, quot nunc exſtant: æquè, quin & multò minùs omnes circumſtantiæ caſuum poterunt deſcribi; Et JUSTIN. ipſe multis in locis admiratur hanc rerum varietatem, quoniam experimento plerumque didicit, neceſſariam eſſe Legum emendationem. in *Authent. de his qui ingredi. ad appelland. §. illud etiam.* Et tametſi de teſtamentis plurima ſcripſiſſet antiquitas, adeoque pleni Legum codices exſtarent, tamen fatetur aliquid evenire, quod aut novam Legislationem, aut emendationem ſecundùm naturæ conſequentiam, h. e. ſecundum æquitatem deſideraret. *in Authent. de trient. & Semis.* Deinde plurima eveniunt, quæ nullo modo deſcribi, aut in certam Legislationem redigi poſſunt, quoniam ex circumſtantiis planè mutabilibus, non ex re aliqua conſtante naſcuntur: Exempla hujus propemodum infinita ſunt, præſertim in cognitionibus judiciariis, in quibus omnibus conſulenda eſt æquitas incorrupto animi judicio; Exigenda tamen ad præcepta ſive regulas, ſaltem genera-

Digitized by Google